

ROSA GUARINO

L'EMERGENZA COVID-19 TRA DIRITTO ALLA SALUTE E LIBERTÀ DI AUTODETERMINAZIONE: QUALE BILANCIAMENTO?

SOMMARIO: 1. *Il profilarsi della dimensione “superindividuale” del diritto alla salute nell’ottica del temperamento con i principi costituzionalmente garantiti.* 2. *La dimensione complessa del diritto alla salute nella accezione individuale di libertà tra “assenza di malattia e benessere psico-fisico” e il suo declinarsi nel principio del consenso informato. Riflessioni sulla duplice anima del diritto alla salute tra contrapposizione e reciprocità.*

1. Il profilarsi della dimensione “superindividuale” del diritto alla salute nell’ottica del temperamento con i principi costituzionalmente garantiti

La situazione pandemica inedita ha sollecitato il giurista a numerosi interrogativi di non semplice decodificazione.

Va *in primis* palesato che il dilagare della pandemia Covid-19 ha dato la stura ad una nuova valorizzazione del diritto alla salute nella sua portata collettivistica, dando nuova linfa al valore del principio di solidarietà, bene costituzionalmente garantito dall’art. 2¹. Questa dimensione si colloca inevitabilmente accanto all’accezione del diritto alla salute quale diritto fondamentale, che è una delle più importanti manifestazioni di libertà che concerne la persona umana e il suo corpo.

Emerge palesemente che, se da un lato l’emergenza da Covid-19 ha ridefinito i contenuti del diritto alla salute, svelandone un ulteriore aspetto, quello collettivistico forse per certi aspetti inedito in una forma così radicale, dall’altro lato ha sollecitato ad un interrogativo circa il difficile bilanciamento tra il diritto alla salute nella sua dimensione pubblica e gli altri

1 M. Nocelli, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, in *Federalismi.it*, in *Osservatorio emergenza Covid-19*, 11 maggio 2020, p. 4.

diritti tutelati dalla Costituzione e i diritti dell'Unione Europea connessi alle libertà fondamentali, che sono stati fortemente limitati e compromessi². L'analisi della problematica è intrinsecamente connessa ad un'altra tematica che da sempre ha interessato anche la discussione bioetica³: il bilanciamento dei diritti del singolo individuo, quali esplicazione della sua personalità, con quelli dell'intera comunità.

Un dato risulta dirimente ed opinabile consistente nel fatto che, di fronte alla situazione di emergenza sanitaria, assolutamente inedita, si è ritenuto, invece, che le misure adottate per fronteggiare l'epidemia dovessero inevitabilmente comprimere le libertà e i diritti fondamentali garantiti dalla nostra Costituzione e, tra questi la libertà di iniziativa economica privata sancita all'art. 41 Cost., la libertà di circolazione sancita dall'art. 16 della Costituzione⁴, la libertà di riunione e di associazione sancita dall'art. 17

2 In modo particolare la Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, in GU L 158 del 30.4.2004, p. 7. Sul punto prevede espressamente limitazioni alla libertà di circolazione (intraeuropea) dettate da motivi di sanità pubblica. Ai sensi dell'art. 29 "Je sole malattie che possono giustificare misure restrittive della libertà di circolazione sono quelle con potenziale epidemico, quali definite dai pertinenti strumenti dell'Organizzazione mondiale della sanità, nonché altre malattie infettive o parassitarie contagiose, sempreché esse siano oggetto di disposizioni di protezione che si applicano ai cittadini dello Stato membro ospitante".

3 H. Jonas, *Tecnica, Medicina ed etica. Prassi del principio responsabilità*, Einaudi, Torino 1997.

4 Giudice di Pace di Frosinone, sentenza n.516/2020 con cui è stata annullata la sanzione per il mancato rispetto delle misure anti contagio COVID-19 per illegittimità sia della dichiarazione di emergenza sanitaria (per violazione degli artt. 95 e 78 Cost.), sia dei rispettivi DPCM che limitavano la libertà di spostamento delle persone (per violazione dell'art. 13 Cost.). Deve dichiararsi, poi, l'illegittimità per violazione dell'art. 13 Cost. del DPCM del 9 marzo 2020 invocato dal verbale opposto e del rinvio DPCM dell'8 marzo 2020, che, allo scopo di contrastare e contenere il COVID-19, vietava ogni spostamento delle persone fisiche al di fuori della propria abitazione, con limitate e specifiche eccezioni, dettando un vero e proprio obbligo di permanenza domiciliare. Tuttavia, nel nostro ordinamento, tale obbligo consiste in una sanzione penale restrittiva della libertà personale che viene disposta dal GdP per alcuni reati.

Cost., la libertà religiosa ex.art.19 Cost.⁵, il diritto all'istruzione ex.art.34 Cost., il diritto alla bigenitorialità fondato sugli artt. 30 Cost e 8 della Cedu.⁶

Per quanto concerne il “giudizio di bilanciamento” esso si configura come tecnica interpretativa⁷, operazione dinamica che consente il ragione-

5 Il d.l. n. 19 del 25 marzo, nel ribadire la facoltà del Capo del Governo di individuare le misure necessarie al contenimento dell'infezione, misure da adottarsi in conformità a parametri di adeguatezza e proporzionalità al rischio di contagio annoverava tra i provvedimenti utilizzabili: la limitazione o il divieto di ogni forma di riunione e assembramento in luogo pubblico o aperto al pubblico; la limitazione o la sospensione di manifestazioni ed eventi, nonché di ogni altra tipologia di riunione, da tenersi in luogo pubblico o privato, inclusi quelli aventi natura religiosa; la sospensione delle cerimonie, sia civili, che religiose, e la limitazione dell'accesso dei fedeli ai luoghi di culto. Il provvedimento si poneva in assoluta continuità con la precedente normativa, come evidenziato anche dalla puntualizzazione con cui si ribadiva la perdurante vigenza delle misure contenute nei DPCM dei giorni 8, 9, 11 e 22 marzo. Sul punto si ritiene che *“non sia stato rispettato il favor religionis presente nella Carta costituzionale, favor consistente, in una peculiare considerazione attribuita dai Padri costituenti alla dimensione religiosa dell'esistenza, sia positiva, sia negativa, sia estrinsecantesi in comportamenti individuali, sia concretizzantesi nell'adesione ad un gruppo e nella condivisione delle pratiche culturali. La Costituzione ha scelto non solo di qualificare come legittima l'espressione del sentimento religioso, ma anche di attribuirle una dignità peculiare, quale manifestazione della personalità dell'uomo nei cui confronti svolgere un'azione che includa, oltre alla garanzia, anche la promozione. Risulta evidente come negare valore primario al diritto del fedele di rapportarsi con il numinoso e prolungare il divieto di presenziare ai riti al di là del tempo strettamente necessario contraddicano la particolare rilevanza riconosciuta alla religione.”* Cfr. P. Lo Iacono, *La normativa anticovid tra tutela della salute e limitazioni all'esercizio della libertà religiosa. Quando la sana cooperatio lotta contro un virus*, in *Dir. di Fam. e delle Pers.* (II), fasc.3, 2020, p. 1088.

6 Tribunale Torre Annunziata, 06/04/2020 secondo cui *“la liceità dello spostamento finalizzato alla attuazione della frequentazione da parte del figlio minore del genitore non collocatario rinviene fondamento nel riconosciuto essenziale apporto all'equilibrio psico-fisico del minore correlato alla presenza di entrambi i genitori ossia costituisce misura attuativa del suo diritto alla bigenitorialità, diritto che assume rilievo nell'ordinamento costituzionale interno e nell'ordinamento internazionale, anche considerando che proprio in questo delicato periodo di restrizioni e di cautele, è necessario garantire regolari rapporti genitoriali ai minori al fine di trasmettere loro fiducia e serenità anche rispetto alle relazioni affettive con i propri genitori”*.

7 Cfr. in tal senso la sent. Corte Cost. n. 85/2013 sul caso Ilva. Secondo la Consulta, *“il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo*

vole contemperamento di una pluralità di valori Costituzionali concorrenti e implica, inevitabilmente, il necessario richiamo ai criteri di proporzionalità e ragionevolezza. Conseguentemente un dato risulta certamente dirimente in quanto la salvaguardia della salute come interesse della collettività ex art. 32 secondo comma Cost. può ammettere restrizioni anche incisive in situazioni eccezionali, ma ci si interroga se fosse coerente con la quasi totale limitazione dei diritti fondamentali afferenti all'individuo.

Un faro doveva essere certamente rappresentato dai canoni di proporzionalità, adeguatezza, ragionevolezza, rendendo opinabile il sacrificio in modo quasi totalizzante del diritto alla salute di altri cittadini affetti da patologie gravi, la limitazione afferente al diritto al lavoro, e a tutte le libertà di esplicazione della persona umana⁸.

La limitazione alle libertà dell'individuo per la tutela della "salute pubblica" sembra rinvenire la sua ratio giustificatrice proprio nell'anima intrinseca del diritto alla salute che assume il connotato di diritto fondamentale e conseguentemente può fungere da "limite" o "restrittore" delle libertà, configurandosi quale condizione necessaria e fondamentale per l'esercizio di ogni altro diritto⁹.

Da qui la sollecitazione ad una riflessione circa la rilevanza di tutelare anche altri valori afferenti alla persona umana, che avrebbe dovuto indurre il legislatore a porre in essere un bilanciamento di diritti¹⁰, quale criterio

essenziale". Sul punto M. Boni, *Le politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e ragionevole compressione dei diritti: brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte Costituzionale sul caso Ilva*, in *federalismi. it.*, 5 febbraio 2014.

8 Sul punto A. Morelli, *Illegittimità dei Dpcm Covid: c'è un giudice a Frosinone? Quando il fine non giustifica i mezzi*, in *Giustizia*, istituzioni, 1° settembre 2020.

9 Sul concetto di "salute", ma anche sul diritto alla salute, G. Alpa, *Salute (Diritto alla)*, in *Novissimo Digesto italiano*, App. vol. VI, Utet, Torino, 1986, pp. 913 ss.; M.C. Cherubini, *Diritto alla salute*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche – sezione civile*, VI, Utet, Torino, 1990, pp. 77 ss.; M.C. D'Arrigo, *Salute (diritto alla)*, in *Enciclopedia del diritto*, agg. V, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 1009 ss.; V. Durante, *Salute e diritti tra fonti giuridiche e fonti deontologiche*, in *Politica del diritto*, 2004, pp. 563 ss.; R. Balduzzi, *Salute (diritto alla)*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 5393 ss.; V. Durante, *La salute come diritto della persona*, in S. Rodotà, P. Zatti (diretto da), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, tomo I, a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 579 ss.; D. Morana, *La salute come diritto costituzionale*. Lezioni, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 1 ss.

10 Sul punto R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consulta online*, fasc.3, 2020.

cardine; il diritto alla salute, nella sua dimensione collettivistica, doveva essere temperato con altre libertà Costituzionalmente garantite, con una soluzione di “*minor danno*” per i diritti compressi, preservandone il nucleo irriducibile garantito dalla Costituzione¹¹.

Non va sottaciuto, tuttavia che le ingerenti misure di contenimento adottate, che hanno comportato l’azzeramento o la quasi totale compressione dei diritti Costituzionalmente garantiti e si sono profilate come “unica alternativa possibile”, sono certamente sintomo della inadeguatezza e della impreparazione del sistema sanitario¹² e della manchevolezza del legislatore, denotando anche una insoddisfacente cooperazione interistituzionale. Infatti, vanno certamente evidenziati dei profili di criticità che sono antecedenti lo sviluppo della situazione pandemica, che si sostanziano da un lato nell’impoverimento del sistema sanitario e, dall’altro lato, nella inadeguatezza del finanziamento al sistema sanitario locale, e nella sussistenza di una struttura organizzativa con pesanti disomogeneità territoriali¹³.

La situazione pandemica ha anche scoperto il vaso di Pandora e palesato la dolente e strutturale problematica della allocazione delle risorse sanitarie per la sussistenza di una grave sproporzionalità tra le risorse economiche disponibili e la loro conseguente inettitudine a coprire i bisogni pressanti di cura della totalità dei malati¹⁴. Sebbene di norma, nel rispetto dei principi di giustizia, equità e solidarietà, si debbano offrire a tutte le persone eguali opportunità di cura, nell’eccezionalità della situazione emergenziale può risultare adeguato applicare dei criteri per l’accesso alle risorse sanitarie: il Comitato Nazionale di Bioetica (CNB)¹⁵ italiano valuta il criterio clinico, basato sul privilegiare la maggior speranza di vita, come

11 Sul punto R. Guarino, *La tutela dei diritti ai tempi dell'emergenza Covid 19*, in *L'emergenza pandemica da Covid 19 nel dibattito bioetico*, a cura di L. Chieffi, 2021, tomo 2, pp. 203 ss.

12 R. Iacona, *Il sistema sanitario nei giorni del Covid-19. Cosa ha funzionato e cosa è andato storto*. Milano 2020

13 Sul punto Comitato Nazionale per la bioetica, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del triage in emergenza pandemica*, 8 aprile 2020

14 Sul punto L. Palazzani, *La pandemia da Covid-19 e il dilemma etico: chi curare?*, in *Pandemia e Resilienza, Persona, comunità e modelli di sviluppo dopo la Covid 19*, a cura di C. Caporale e A. Pirni, 2020, pp. 79.

15 Comitato Nazionale per la Bioetica, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “triage in emergenza pandemica”*, op. cit.

il più adeguato punto di riferimento per l'allocazione delle risorse, mentre ogni altro criterio di selezione è ritenuto eticamente inaccettabile¹⁶.

Emerge palesemente, a parere di chi scrive, una intrinseca contraddittorietà, che afferisce al profilo gestorio e organizzativo del diritto alla salute e questo dovrebbe sollecitare ad una riflessione e ad una rivalutazione della portata e della rilevanza di tale diritto in una dimensione, che va ben oltre quella squisitamente "emergenziale".

2. La dimensione complessa del diritto alla salute nella accezione individuale di libertà tra "assenza di malattia e benessere psico-fisico" e il suo declinarsi nel principio del consenso informato. Riflessioni sulla duplice anima del diritto alla salute tra contrapposizione e reciprocità.

Nel delinearsi della duplice anima del diritto alla salute va rilevato che, il cambiamento più pregnante nell'accezione di tale diritto, si concreta nella valorizzazione del suo carattere di "*diritto fondamentale -inviolabile*", in parte compresso dalla sua configurazione quale diritto esclusivamente collettivo¹⁷.

Evidenziata la dimensione complessa del diritto alla salute, si rileva che lo stesso, nella sua portata di diritto personalissimo, involge non soltanto il concetto di integrità fisica, quale assenza di malattia, ma il benessere psicofisico dell'individuo¹⁸, inquadrandosi nell'alveo dell'art. 13

16 P. Tozzo, A. Gabbin, C. Politi, L. Caenazzo, *Emergenza Covid 19: questioni di etica della salute pubblica da una prospettiva globale. Un'analisi preliminare in quattro step Covid 19*, in Riv. It. Med. Leg., fasc.2, 1 aprile 2020, pp. 1053.

17 Sul punto L. Chieffi, *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Torino, 2003, pp. 234. Ravvisa il fondamento del consenso informato negli artt., 2, 13, e 32 Cost., anche Corte cost. 23 dicembre 2008 n. 438, in *Foro amm.*, CDS 2008, 12, 3249. secondo cui "*il consenso informato svolge una funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative*".

18 In tal senso R. Romboli, *Articolo 5*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, pp. 229.

Cost.,¹⁹ sancendo così “una interazione contenutistica tra salute, libertà e personalità”²⁰.

Proprio in quest'ottica assume piena valorizzazione il consenso informato, quale estrinsecazione massima della libertà di autodeterminazione del paziente in relazione agli atti concernenti il proprio corpo, vero e proprio diritto della persona²¹, che rinvia il suo fondamento negli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione²².

19 Sul punto la famosa sentenza sul caso “Massimo” (Cass. pen. 21.04.1992) che evidenzia l'aspetto psicologico della salute e, dunque, l'imprescindibile valutazione soggettiva sulla propria salute che “non è un bene che possa essere imposto coattivamente al soggetto interessato dal volere o, peggio, dall'arbitrio altrui, ma deve fondarsi esclusivamente sulla volontà dell'avente diritto, trattandosi di una scelta che riguarda la qualità della vita e che, pertanto, lui e lui solo può legittimamente fare”. Un passo ulteriore nell'abbandono di una concezione tradizionale di salute viene fatto dal Tribunale di Milano nel caso “San Raffaele” (sentenza 14.05.1998) ove si stabilisce che “l'idea tradizionale di patologia risulta sempre più distante rispetto a quella di salute, ormai carica di una forte componente soggettiva” e che “gli atti terapeutici, secondo una visione allargata di salute.. non fanno più solo riferimento a una concezione organica della malattia, ma tengono conto degli aspetti fisici e psichici della persona e delle sue personali e insindacabili aspettative di vita”. L'autodeterminazione, prosegue la sentenza – si concretizza con “l'idea stessa che un individuo ha di se stesso e delle proprie aspettative di vita e una violazione di tale potere di libera scelta non può non implicare una alterazione sensibile di tale autoconsiderazione e dell'immagine di sé”.

20 Corte Cost. sentenza del 22.10.1990, n. 471 in *Giur. cost.*, 1990, pp. 818.

21 L'accezione libertà di disporre si incentra sul valore inscindibile e unitario della persona umana e postula la libertà di potersi autodeterminare in relazione ad atti che coinvolgono il corpo. Sul punto P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1872, pp. 183; R. ROMBOLI, *La relatività dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo*, in *Pol. del dir.*, 1991, p. 569; G. Casciaro, P. Santese, *Il consenso informato*, Milano, 2012, pp. 265 ss.

22 Corte Costituzionale, sentenza n. 438/2008, la quale oltre a definire la nozione di consenso informato lo colloca all'interno dei principi costituzionali: il consenso informato “si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che “la libertà personale è inviolabile”, e che “nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”. Anche la Corte di Cassazione (sentenza n. 11749 del 2018) ha evidenziato che “secondo la definizione datane dal giudice delle leggi (Corte Cost. 23 dicembre 2008, n. 438), il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto

Per quanto concerne il consenso informato, esso si configura, nell'alveo della relazione medico-paziente, quale fulcro della cd. alleanza terapeutica medico-paziente, nella sua duplice estrinsecazione di consenso e rifiuto alle cure, presupposto di legittimazione e fondamento di qualsiasi trattamento terapeutico²³.

Questo principio trova la sua attualizzazione nella legge 219 del 2017, che certamente ha il merito di avere reso *“un quadro coerente di tutta la relazione di cura, tendenzialmente conforme al diritto dei principi”*²⁴, e all'art. 1 (*Consenso informato*), in conformità con la nostra Carta costituzionale (artt. 2, 13 e 32) dichiara che *“La presente legge tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge”*. Il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 Cost., che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e nell'art. 13 Cost. e art. 32 Cost., comma 2, i quali stabiliscono rispettivamente che *“la libertà personale è inviolabile”* e che *“nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”*²⁵.

della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 Cost., che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e nell'art. 13 Cost. e art. 32 Cost., comma 2, i quali stabiliscono rispettivamente che *“la libertà personale è inviolabile”* e che *“nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge.”*

- 23 L'obbligo del consenso informato costituisce legittimazione e fondamento del trattamento sanitario, senza il quale l'intervento del medico è – al di fuori dei casi di trattamento sanitario per legge obbligatorio o in cui ricorra uno stato di necessità – sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente in Cass. 16/10/2007, n. 21748
- 24 P. Zatti, *Salute, vita, morte: diritto dei principi o nuova legge?*, in *Quot. San.*, 7 marzo 2017, p. 3.
- 25 Corte Costituzionale, sentenza n. 438/2008, la quale oltre a definire la nozione di consenso informato lo colloca all'interno dei principi costituzionali: il consenso informato “si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che *“la libertà personale è inviolabile”*, e che *“nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”*”.

Estrema rilevanza nella relazione di cura assume anche il momento informativo. Ne discende che il medico prima di sottoporre il paziente a qualsivoglia trattamento terapeutico, deve informarlo compiutamente e dettagliatamente, al fine di fargli compiere la scelta più vicina alla propria determinazione²⁶; infatti, *“Il consenso informato postula la dettagliata spiegazione al paziente circa i possibili effetti positivi e negativi dell'intervento in relazione alle sue concrete condizioni fisiche ed alle caratteristiche specifiche della sua patologia, che gli consenta di valutare se la soluzione proposta rappresenta la migliore secondo la scienza medica del momento e l'entità dei rischi in relazione alle sue personali condizioni”*.

Come esplicitato una piena formalizzazione di questi principi si è avuta con l'approvazione della legge n. 219 del 2017 recante *“Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”* che ha avuto una portata dirompente nell'ordinamento giuridico italiano, avendo certamente il merito di avere reso ²⁷ *“un quadro coerente di tutta la relazione di cura, tendenzialmente conforme al diritto dei principi”*²⁸. Dalla lettura della legge emerge che la *“consensualità”* diviene il connotato essenziale della relazione di cura, laddove il consenso si atteggia proprio come tessuto stesso della relazione. A tal proposito l'art. 1 comma 2 dispone che *“È promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano la autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico”*. Conseguentemente, il consenso si configura non come uno stato, ma come un atto, un processo²⁹. Emblematica risulta

26 Cassazione Civile, sez. III, del 15 novembre 2019, n. 29709 *“Il medico, nello svolgimento dell'attività diagnostica, ha l'obbligo di informare il paziente – in modo sufficientemente chiaro ed esauriente – della validità dei test che si vanno a fare, segnalando la eventuale esistenza di altri tipi di test diagnostici più attendibili”*; in senso conforme Cass. Civile, Sez. III, del 13 luglio 2011 n. 15386: *“Il medico, nell'attività di cura, deve informare il paziente – in modo sufficientemente chiaro ed esauriente – in ordine alla natura ed ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché – anche in questo caso – delle eventuali terapie alternative”*.

27 C. Cupelli, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: dai principi alla legge? Al Senato il disegno di legge recante “Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”*, in Cass. penale, fasc. 6, 1 giugno 2017, pag. 2164

28 P. Zatti, *Salute, vita, morte: diritto dei principi o nuova legge?*, in *Quotidiano sanità*, 7 marzo 2017, pp. 3

29 Sul punto P. Zatti, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e sulle Dat*, in *Nuova Giurisprudenza civile commentata*, Numero 2/2018, pp. 247 ss.

essere la enunciazione dell'art. 1 comma 8 in cui si evidenzia "*Il tempo della comunicazione è tempo di cura*" da cui emerge che la "*consensualità*" diviene il connotato essenziale della relazione di cura, laddove il consenso si atteggia proprio come tessuto stesso della relazione. A tal proposito l'art. 1 comma 2 dispone che "*È promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano la autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico*".

Proprio la rilevanza assunta dal consenso informato sollecita ad una riflessione in quanto durante la fase emergenziale da Covid 19 in ragione della sua portata incontrollabile e per certi aspetti imprevedibile, si è paventato il rischio che il consenso informato si riduca ad un atto meramente formale, perdendo da un lato la sua efficacia, dall'altro il suo valore, accrescendo la solitudine del malato quale soggetto particolarmente vulnerabile.

Da qui una riflessione in quanto dalla doppia anima del diritto alla salute emerge certamente una riflessione involgente la possibilità che possano conciliarsi le due declinazioni del diritto alla salute affinché non si pongano in contrapposizione o in distonia, ma in un'ottica di reciprocità e completamento.

Andava certamente scongiurato il rischio che la riorganizzazione delle strutture sanitarie si riverberasse in modo negativo sulle procedure di raccolta del consenso informato da pazienti affetti da infezione SARS-CoV-2, soprattutto semplificando l'obbligo informativo, che funge da presupposto per la valida ed efficace manifestazione di volontà del paziente nella scelta del trattamento sanitario e deve essere altresì specifico e circostanziato in relazione alla patologia e alla terapia proposta³⁰ affinché la libertà di autodeterminazione del soggetto sia realmente consapevole.

In particolare, come noto il paziente Covid si trova in una situazione di grande vulnerabilità, in primo luogo per la condizione di isolamento e, in secondo luogo, per le condizioni di sicurezza in cui il personale sanitario è chiamato ad operare, rendendo quasi evanescente l'alleanza terapeutica, fulcro della relazione di cura.

30 Trib. Pordenone, 8 ottobre 2010, n. 852, in *Resp.civ. e prev.*, 2010, pag.1571 con nota di C. Garufi, *Il diritto ad essere informati e la responsabilità del medico*, ove si ribadisce che la presenza di un modulo estremamente generico non fornisce la prova dell'adempimento dell'obbligo informativo. Sul punto Comitato Nazionale per la Bioetica, *Informazione e consenso all'atto medico*, 1992, sottolinea che "*l'informazione deve riguardare una breve descrizione della metodica indicata, delle alternative terapeutiche, le finalità, le possibilità di successo, gli effetti collaterali*".

Proprio la rilevanza assunta dal consenso informato quale atto di estrinsecazione della libertà di autodeterminazione del soggetto in relazione agli atti concernenti la propria salute, induce ad una importante riflessione in quanto lo stesso non può e non deve ridursi all'apposizione di una firma anche in una situazione emergenziale e conseguentemente non devono certamente essere avallate modalità operative che rischino di delegittimarlo³¹. Questo ne comporterebbe un "dequotamento", svilendo la portata del diritto alla salute nella sua dimensione individualistica quale diritto fondamentale dell'individuo.

Si rileva che uno strumento atto a valorizzare l'autonomia del paziente affetto da Covid 19, potrebbe essere rappresentato dalla "*pianificazione condivisa delle cure*"³² in un dialogo col medico con cui, a fronte della inesorabilità della patologia, si condivide il percorso terapeutico da attuare.

Da qui la sollecitazione ad una ulteriore riflessione concernente certamente l'imprescindibilità della compressione di diritti fondamentali dell'individuo in virtù del principio di solidarietà sancito dall'art. 2 Cost. in ossequio alla tutela della "salute pubblica" ma anche del concetto di salute inteso come assenza di malattia. Tuttavia, un aspetto va certamente considerato in quanto l'esercizio dei diritti fondamentali dell'individuo afferisce certamente ed inevitabilmente ai diritti fondamentali che si configurano come imprescindibili aspetti dell'essere umano. Queste misure finalisticamente orientate alla salvaguardia della salute come assenza di malattia hanno inciso inevitabilmente sul diritto alla salute nella sua accezione più ampia di completo benessere psico fisico dell'individuo, quale fondamento della libertà di autodeterminazione in termini di consenso informato e anche sulla esplicazione dei diritti fondamentali dell'individuo con ripercussioni negative notevoli.

Infatti, non va sottaciuto il delinearsi di significative ripercussioni sulla salute psichica degli individui costretti ad una condizione di "isolamento", forzoso distanziamento sociale, uno status di alienazione sociale e umana;

31 GRUPPO DI LAVORO ISS DI BIOETICA, *Etica della ricerca durante la pandemia di COVID-19: studi osservazionali e in particolare epidemiologici*, 29 maggio 2020.

40 L. Palazzani, *Le dat e la legge 219/2017: considerazioni bioetiche e biogiuridiche*, in *Riv. It. di Med.Leg.*, fasc3, 1 giugno 2018, p. 965.

32 La pianificazione condivisa delle cure è prevista dall'art.5 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 "*Norme in materia di consenso informato e di Disposizioni Anticipate di Trattamento*" in G.U. Serie Generale n.12, 16 gennaio 2018.

ripercussioni che sono state ancora più ingenti sui soggetti fragili e vulnerabili, come i bambini, gli anziani, i soggetti diversamente abili. Sul punto va affermato che *“Neppure l'emergenza può farci dimenticare le tante dimensioni della salute e come la salute sia dipendente dalla possibilità di usufruire di una molteplicità di risorse dirette e indirette: tra le quali, oltre a quelle di natura economica, senz'altro importanti, e più volte da tutti ricordate, va annoverata anche la presenza di una rete di affetti e di relazioni sociali, la cui assenza può influire negativamente sullo stato di salute delle persone mediante gli stati psicologici che attiva (depressione, ansia, ecc.). Le misure di contenimento hanno provocato nuove povertà e stati di profonda solitudine: pensiamo agli anziani/e, alle persone con disabilità, ai malati, ai tanti e tante che hanno vissuto le ultime fasi della vita separati dagli affetti più cari.”*³³

Ergo la tutela del diritto alla salute quale benessere psico-fisico non avrebbe dovuto determinare il delinearsi di una tensione oppositiva o di un rapporto dicotomico con l'accezione di “salute pubblica”, ma il loro strutturarsi in una dimensione di convergenza e di circolarità. L'intangibilità del concetto di tutela della dignità della persona umana in un'ottica circolare di pienezza del rispetto della persona umana doveva configurarsi come “faro” anche in una situazione drammatica ed emergenziale, in cui tutti i diritti e le libertà afferenti alla persona preservassero il loro “*minimum intangibile*”

Da qui la sollecitazione ad un dialogo interdisciplinare tra i diversi saperi e ad una riflessione volta alla ricerca di un raccordo tra la salute pubblica e i diritti individuali, considerando preminente il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo³⁴ e la tutela della persona e della dignità umana quale principio cardine nelle sue molteplici estrinsecazioni.

33 La citazione è tratta dal parere del Comitato Nazionale per la bioetica, *Covid-19: salute pubblica, libertà individuale, solidarietà sociale*, 28 maggio 2020.

34 V. Bessone E. Ferrando, voce *Persona fisica* in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983.